



REVISTA LEX MERCATORIA
ISSN 2445-0936



Vol. 9, 2018. Artículo 2
<https://doi.org/10.21134/lex.v9i1.1526>

LAS FUENTES DEL DERECHO DE SOCIEDADES Y LA ORDEN JUS/319/2018, DE 21 DE MARZO

José Miguel Embid Irujo

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia

Pocos temas serán más clásicos y conocidos para el jurista que el relativo a las fuentes del Derecho, por lo que parece adecuado reflexionar brevemente sobre él a propósito de su relieve en el ámbito específico del Derecho de sociedades.

En verdad, no es el de las fuentes un tema que haya preocupado especialmente a los societaristas, quizá porque, en tal disciplina, las mismas sean pocas (o, al menos, no demasiadas), claras en su apariencia y, por lo común, de rango legal. Esta somera descripción, necesitada, claro está, de muchos matices, refleja la tradición específica del Derecho de sociedades entre nosotros, sin perjuicio de su sustancial acomodo a la situación presente. Se comprende, por ello, que el jurista interesado en dicha disciplina asuma con naturalidad ese estado de cosas, sin que se obvien por ello las necesarias matizaciones. Menos acertada es, por lo demás, la ausencia de toda perspectiva crítica, que habría de derivarse inevitablemente de la teoría de las fuentes del Derecho o, tal vez mejor, de la necesidad de disponer de una orientación sólida en nuestro ámbito desde el terreno de la política legislativa.

Es claro, desde luego, que no ha de contarse sólo con las fuentes legales, el últimamente llamado "Derecho firme". También el *soft law*, inicialmente circunscrito a las sociedades cotizadas por vía de los códigos de buen gobierno, parece hoy, no obstante su elástica "vigencia", un factor relevante a la hora de formular e interpretar el Derecho de sociedades. No es éste el momento de volver sobre los caracteres, del "Derecho blando", pero sí conviene destacar su progresivo relieve como singular "fuente" de nuestra disciplina, con un alcance todavía no bien precisado debido a la escasa atención que viene recibiendo su vínculo, indudablemente existente, con el "Derecho firme", plasmado en las leyes.

Con todo, me interesa hoy referirme en particular a ese Derecho firme, que para muchos

societaristas compendia y explica, de manera prácticamente absoluta, el régimen jurídico de las sociedades. Y, más específicamente, al predominio de las normas legales en su seno, circunstancia esta llamativa y no sólo propia del Derecho de sociedades sino también de otras disciplinas, como el entero Derecho Mercantil., del que aquél, al menos entre nosotros, sigue formando parte.

Es posible que esta circunstancia llame la atención a juristas provenientes de otras materias, sobre todo cuando pertenecen al Derecho público. Cómo puede existir, se preguntarán, una disciplina jurídica, tradicional y orgánicamente constituida, de la que se encuentran prácticamente ausentes las normas de rango reglamentario. Porque no parece posible sostener que el RRM sea, en sentido estricto, una regulación societaria, aunque muchos de sus preceptos se refieran a las personas jurídicas de base asociativa primariamente orientadas a la realización de actividades mercantiles.

Fuera de ese texto reglamentario, que bien podría calificarse, no obstante su naturaleza, de regulación pretendidamente autónoma, no encontramos un elenco ordenador en Derecho de sociedades orgánicamente articulado a ese nivel de rango normativo. Existe, sí, un buen número de preceptos que, aún situados en la LSC, por su detalle y concreción estarían mejor ubicados en una norma de rango reglamentario. En ese mismo nivel han de colocarse, igualmente, algunas disposiciones, por lo común meras órdenes ministeriales y que se ocupan, no obstante, de temas tan destacados como la aplicación de las nuevas tecnologías al ámbito societario, con particular incidencia en su constitución telemática. Y en ese mismo conjunto hemos de situar, finalmente, a la reciente Orden JUS/319/2018, de 21 de marzo, de la que en seguida hablaré, por la que se aprueban los nuevos modelos para la presentación en el registro mercantil de las cuentas anuales de los

sujetos obligados a su publicación, y que impone, a partir del ejercicio de 2017, la presentación de una declaración de titularidad real.

A la hora de explicar el motivo o las razones de este estado de cosas, es posible aludir, desde luego a la ausencia de un adecuado planteamiento de política legislativa en el moderno Derecho español de sociedades, no demasiado distinto, por desgracia, de otros ordenamientos de nuestro entorno. Pero, de manera más profunda, quizá opere otra causa derivada del predominio en el “inconsciente colectivo” –si vale la fórmula– de muchos juristas de una visión liberal, decimonónica, incluso, en lo que toca a la ordenación jurídica de la realidad social. Dicho de otra manera, un sector del ordenamiento, como el Derecho de sociedades (y también, según acabo de decir, el entero Derecho Mercantil) no necesitarían de otro “producto” normativo que la Ley, quedando a la autonomía de la voluntad la particular articulación práctica de las instituciones, siempre bajo la atenta supervisión de los tribunales.

Sea lo que fuere, seguimos viviendo en esta atmósfera legalista y los necesarios complementos de la ley societaria impuestos por la incesante evolución económica y tecnológica terminan encontrando acomodo, no necesariamente confortable, en volanderas órdenes ministeriales. Es el caso, como acabo de señalar, de la Orden JUS/319/2018, de 21 de marzo, expresamente referida, aunque sea de manera oblicua, al relevante asunto de la titularidad real. La materia es conocida y, mucho más que eso, de vital importancia. Al fin y al cabo, su propósito, anunciado ya en textos normativos de mayor rango, como alguna directiva europea y la ley 10/2010, de 28 de abril, se encamina derechamente a la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

En ese texto legal, y en otros complementarios, se aspira a “desvelar” la realidad dominical

de numerosas entidades, sobre todo sociedades, imponiendo una estricta obligación de *disclosure* a entidades financieras, fedatarios públicos y profesionales independientes, vinculados por lo común, al ámbito jurídico como consecuencia de su relevante posición en el marco de la actividad económica. Como es fácil de imaginar, en la base del tratamiento de este asunto encontramos el propósito de proteger decididamente el interés público, finalidad que se entrecruza por otra parte con la necesidad de tutelar la privacidad e intimidad de los muchos sujetos afectados por la aplicación de la norma.

Y es verdaderamente destacado en tal contexto el papel protagonista del Derecho de sociedades, pues, en última instancia, recae sobre sus distintas figuras el propósito institucional de conocer la estructura de su propiedad o, más precisamente, con fórmula que ha hecho fortuna, su correspondiente titularidad real. Aquí, claro está, no puede contentarse el legislador ni tampoco quienes están llamados a verificar en la práctica el alcance de dicha exigencia con circunscribir el propósito de averiguación a los tipos societarios entendidos estricta y separadamente. Hace ya mucho tiempo que es notoria la presencia en la realidad económica de organizaciones empresariales, fundamentalmente los grupos, en los que las formas jurídicas aparecen integradas en un diseño de mayor amplitud, de modo que la determinación de la titularidad real obliga a remontarse, según la dirección que proceda, siguiendo los pasos a la llamada “cadena de control”.

Siendo evidente la complejidad del asunto y la trascendencia de su adecuado tratamiento, convendrá recordar el relieve adquirido al efecto por la *Base de Datos de Titulares Reales*, creada por el Consejo General del Notariado, hace ya unos cuantos años, cuya gestión corresponde al *Órgano Centralizado Notarial de Prevención* (OCP), configurado y mantenido autónomamente por

el propio Notariado. Si aludo a realidades institucionales tan conocidas y a la vez tan acreditadas, dentro y fuera de nuestro país, respecto de la delicada labor que desempeñan es para poner de manifiesto, por contraposición, el criterio finalmente adoptado por la Orden Ministerial a la que me refiero.

La elaboración de dicha norma, de rango normativo más que inadecuado, no ha sido, precisamente, un dechado de transparencia ni ha propiciado las naturales consultas, averiguaciones y análisis que su objeto requería. Por otra parte, su contenido altera de manera radical los planteamientos existentes hasta el momento y subsume la declaración de titularidad real en el campo, ciertamente ajeno, del depósito de cuentas al que alude con detalle nuestra LSC y cuya gestión, sin finalidad calificadora alguna, corresponde, como es sabido, al Registro Mercantil. No es ésta la primera vez que el ámbito contable se ve “enriquecido”; digámoslo así, con la inclusión de documentos que nada o muy poco tienen que ver con él. Es el caso, desde luego, de la información no financiera, de tanto relieve para la responsabilidad social corporativa, y de la que se ha ocupado recientemente nuestro legislador, sobre la base de un planteamiento diverso al de la Orden Ministerial ahora en estudio.

Lo verdaderamente significativo en el caso que nos ocupa consiste en el hecho de haberse soslayado, por lo que parece de manera deliberada, la reconocida experiencia del Notariado al respecto. No es buena, desde luego, la política le-

gislativa consistente en ignorar el planteamiento orgánico de los textos reglamentarios, sobre todo cuando se refieren o se vinculan, en sus aspectos esenciales, con una regulación tan detallada como la contenida en la LSC, piedra fundamental de nuestro Derecho de sociedades. Se corre el riesgo, como ha sucedido entre nosotros y sigue sucediendo, merced a la Orden JUS/319/2018, de 21 de marzo, de que proliferen en la legislación, como censuraba John Locke, los *extemporary decrees*, sin tomar el sustantivo en su estricto enunciado literal.

Pero tan criticable como ésta, o incluso más, es la política legislativa que soslaya aquellos elementos e instituciones, bien acreditados en la práctica por su adecuado funcionamiento, en beneficio de opciones no contrastadas y, en todo caso, ajenas a la estricta realidad que se pretende regular. Es ésta, en fin, una materia propia del Derecho de sociedades sobre la que habrá que volver, desde el punto de vista legislativo, con una orientación más precisa en cuanto a la técnica de ordenación y su rango normativo, así como más conforme con la positiva experiencia acumulada entre nosotros hasta el momento. Ojalá puedan conseguirse estos objetivos sin tardar demasiado tiempo, que aquí, como en tantas materias jurídicas es ciertamente precioso. Y, del mismo modo, es hora ya de evitar la regulación “extemporánea”, fuente de continuos equívocos y problemas a la hora de articular una disciplina tan relevante como es el Derecho de sociedades.